

**Ulrich Keusen**

Rechtsanwalt CAS, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner
Telefon +41 58 258 16 00
ulrich.keusen@bratschi.ch

**Kathrin Lanz**

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin
Counsel
Telefon +41 58 258 16 00
kathrin.lanz@bratschi.ch

Beschaffungsrechtsrevision – Bedeutung für die Gemeinden

Im Beschaffungsrechtssommer 2018 hat der Nationalrat die Gesetzesrevision behandelt. Im Herbst wird sich auch noch der Ständerat damit befassen. Parallel dazu überarbeiten die Kantone das Beschaffungskonkordat, das dann auf kantonaler Ebene umgesetzt werden soll. Für die Gemeinden werden erst die kantonalen Grundlagen Änderungen bringen, die heute langsam Konturen erhalten. Insbesondere die materielle Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts soll schweizweit eine Vereinfachung von Prozessen bringen. Zudem sollen Verfahren moderner und flexibler werden, insbesondere mit der elektronischen Abwicklung von Beschaffungsverfahren. Den qualitativen Kriterien beim Zuschlag soll zu mehr Gewicht verholfen werden können. Die Rechtsmittelverfahren sollen vereinfacht und vereinheitlicht werden.

1. Ausgangslage

Auslöser der jetzigen Revision ist zum einen das am 21. März 2012 durch den Bundesrat unterzeichnete das sogenannte General Procurement Agreement (nachfolgend «GPA 2012»), das internationale Beschaffungsübereinkommen der WTO. Zum anderen waren auf Bundesebene bereits Revisionsbemühungen im Gange. Die Revision wurde im Auftrag der Beschaffungskonferenz des Bundes (nachfolgend «BKB») einerseits und der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (nachfolgend «BPUK») andererseits von einer paritätischen Arbeitsgruppe (AURORA) an die Hand genommen. Die Gesetzgebungsverfahren von Bund (siehe unten BÖB) und den Kantonen (siehe unten IVöB) erfolgen je separat, sodass eine formelle Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts nicht erfolgt. Hingegen wurden beide Vorlagen parallel entwickelt und in einem paritätischen Redaktionsausschuss auch gemeinsam bereinigt. Die BPUK legt ein Vergleichsdokument der beiden Vorlagen vor, sodass das Resultat parallel betrachtet werden kann. Am Schluss wird der Bund sein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend «BÖB») und die dazu gehörige Verordnung revidieren. Die BPUK wird die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend «IVöB») in einer überarbeiteten Version den Kantonen zum Beitritt vorlegen. Die Kantone werden in der Folge ihre eigenen beschaffungsrechtlichen Grundlagen anpassen, sodass auf kantonaler Ebene im Idealfall ein Beschaffungsrecht besteht, das materiell mit dem Beschaffungsrecht des Bundes vergleichbar, in vielen Teilen sogar

gleichlautend ist. Die beiden Rechtsbereiche werden bei der Auslegung und der Rechtsanwendung voneinander profitieren können. Die Anbieterinnen und Anbieter werden sich auf die gleichen inhaltlichen Regeln berufen können. Dem bisherigen Vorwurf der grossen Zersplitterung des Beschaffungsrechts soll damit entgegengetreten werden. Eine solche, parallel entwickelte Revision ist im föderativen System der Schweiz bisher einzigartig.

2. Stand der Revision

Die bereinigte Vorlage des BöB liegt mit der Botschaft des Bundesrates seit Februar 2017 bereit. Nach der Behandlung in den Kommissionen des Bundesparlaments ist die Teilrevision des Bundesgesetzes nun durch den Nationalrat beraten worden. Der Ständerat wird voraussichtlich in der Herbstsession 2018 über die Vorlage beraten. Sobald die Vorlage des Bundes bereinigt ist, wird die BPUK die Änderungen in der IVöB beraten und gegebenenfalls nachschreiben, sodass auch die Inkraftsetzung der beiden Regelungsebenen an die Hand genommen werden kann. Wir werden in der Tagespresse verfolgen können, welche Aspekte zu Diskussionen Anlass geben werden.

3. Wichtigste Neuerungen

Hier die wichtigsten Neuerungen vorerst im Überblick:

- Zu den wichtigsten vorgesehenen Neuerungen gehören die Präzisierungen beim objektiven Geltungsbereich, wonach neu auch die Verleihung bestimmter Konzessionen und die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben unter das Beschaffungsrecht fallen sollen.
- Die elektronische Abwicklung von Beschaffungsverfahren.
- Die Einführung flexibler Instrumente wie Dialog, Rahmenverträge, elektronische Auktionen sowie verkürzte Fristen.
- Die Korruptionsprävention im öffentlichen Beschaffungswesen.
- Das Verbot sogenannter Abgebotsrunden auch auf Bundesebene.
- Die modifizierte Regelung des Ausstands aufgrund der Besonderheiten des Vergabeverfahrens.
- Die systematische Regelung der Ausschluss- und Sanktionstatbestände.
- Die Einführung einer zentralen – nicht öffentlichen – Liste mit Anbieterinnen und Subunternehmerinnen, die von künftigen Beschaffungsvorhaben ausgeschlossen sind («schwarze Liste»).
- Die Publikation des Verfahrensabbruchs zur Stärkung der Transparenz.
- Der moderate Ausbau des Rechtsschutzes im Einklang mit der Rechtsweggarantie der Verfassung.
- Die adhäsionsweise Erledigung von Schadenersatzbegehren durch die Beschwerdeinstanz.

Einiges davon setzt bereits geltende Gerichtspraxis um, anderes wird vereinheitlicht und ein paar Ansätze sind neu.

4. Einige ausgewählte Neuerungen

Insbesondere in Bezug auf künftige Beschaffungen auf Gemeindeebene möchten wir ein paar willkürlich ausgewählte Neuerungen herausgreifen, um Handlungsoptionen für die Gemeinden aufzuzeigen. Die Auswahl ist weder vollständig noch repräsentativ.

- Die **Nachhaltigkeit** der Beschaffung, das heisst der wirtschaftliche, sozial und ökonomisch verantwortungsvolle Einsatz der öffentlichen Mittel, wird in den Zweckgedanken des Gesetzes aufgenommen. Das ermöglicht beim Beschluss darüber, was in welcher Qualität beschafft werden soll, eine weitgehende Offenheit für Kriterien, die nicht ausschliesslich dem Preis entsprechen. Hier wird das Beschaffungsrecht offener. Die Grundsätze, wonach Aufträge in der Schweiz nur an Anbieterinnen und Anbieter vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichstellung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn einhalten, werden durch diese Zweckbestimmung nicht verschärft, sondern gelten wie bisher.
- Neu werden **Einrichtungen des öffentlichen Rechts** auf kantonaler Ebene aufgenommen, was auf Gemeindeebene besonders bei Anstalten der Fall ist, die zum Zweck gegründet wurden, nichtgewerbliche Aufgaben zu erfüllen, die im öffentlichen Interesse liegen. Als Faustregel gilt, dass diese von der Gemeinde überwiegend beherrscht werden und auch überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert sind. Hier werden alle Finanzierungen des öffentlichen Rechts zusammengezählt.
- Beim subjektiven **Geltungsbereich** wird unterschieden, welche Einheiten im Staatsvertragsbereich und welche ausserhalb des Staatsvertragsbereichs dem Beschaffungsrecht unterstehen. Hier wird die bisherige Praxis im Wesentlichen geklärt.
- Bei den **Verfahrensgrundsätzen** wird nun auch der Bund das Verbot von Abgebotsrunden einhalten müssen. Neu trifft der Auftraggeber explizit Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption. Zudem hat der Nationalrat das Verbot von Schutzgebühren für Ausschreibungsunterlagen in die Diskussion eingebracht.
- Der **Ausstand** und die **Vorbefassung** werden für das Beschaffungsrecht geregelt, sodass die Konflikte mit den gemeinderechtlichen Ausstandsregeln und den verwaltungsverfahrensrechtlichen Ausstandsregeln nicht mehr entstehen werden.
- Nach wie vor wird es **Schwellenwerte** für den Bund einerseits, und für die Kantone andererseits geben. Die kantonalen Schwellenwerte sollen durch das Interkantonale Organ der BPUK im Beschaffungswesen (nachfolgend «InöB») festgelegt werden.
- Bei den **Verfahrensarten** werden das offene Verfahren, das selektive Verfahren, das Einladungsverfahren sowie das ebenfalls bereits bekannte freihändige Verfahren geregelt. Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb wird wie bisher nur am Rande erwähnt. Neu kommen elektronische Auktionen und ein Dialogverfahren hinzu. Beim Dialogverfahren soll bei komplexen Aufträgen und bei der Beschaffung innovativer Leistungen ein Dialog mit den Anbietern

durchgeführt werden können, um den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln. Schliesslich werden unter diesem Titel auch die Rahmenverträge normiert, sodass insbesondere Rahmenverträge mit mehreren Anbietern möglich sind, allenfalls mit sogenannten Mini-Tenders. Bei den Eignungskriterien soll es möglich sein, Verzeichnisse über geeignete Firmen zu führen.

- Bei den **Zuschlagskriterien** werden neben den Preis- und Qualitätskriterien eine ganze Anzahl von möglichen Kriterien aufgezählt, welche den Horizont für eine gezielte Strukturierung der Bewertung öffnen sollen. Die Kann-Vorschrift umschliesst insbesondere auch die Berücksichtigung von Ausbildungsplätzen für Lernende in der beruflichen Grundbildung, wenn sich die Vergabe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs bewegt.
- Beim **Zuschlag** soll das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten, wobei in der nationalrätlichen Diskussion der Vorschlag wurde, ob stattdessen das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot Rechtsanspruch auf Zuschlag erhalten sollte. Hier wird eine spannende Diskussion im Parlament noch folgen.
- Das Gesetz sieht eine weitgehende Form von **Sanktionen** vor, die auch entsprechende Listen ermöglichen soll.
- Beim **Rechtsschutz** kommt das Erfordernis der «summarisch begründeten Verfügung» ins Gesetz. Gegen Verfügungen ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Das bedeutet, dass Kantone, die bisher einen mehrstufigen Instanzenzug kennen, das Verfahren kürzen müssen. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, sodass das kantonale Verwaltungsgericht diese bei Verfügungen der Gemeinde auf Gesuch hin gewähren muss (oder kann). Die Beschwerdefrist beträgt dann schweizweit in allen Verfahren 20 Tage ab Eröffnung der Verfügung. Es gelten keine Gerichtsferien. Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben, entscheidet das Verwaltungsgericht auch gleich über ein allfälliges Schadenersatzbegehren. Die Höhe des Schadenersatzes bleibt wie bisher beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind.

Viele Änderungen sind hier nicht angesprochen worden. Wir verfolgen allerdings den Gesetzgebungsprozess auch in diesen Einzelheiten.

5. Fazit

Wenn die jetzt aktuelle Revision gelingen sollte, dann ist für das grosse Anliegen der wenigstens materiellen Gleichschaltung sehr Vieles gewonnen worden. Die grosse Aufsplitterung des Beschaffungsrechts führt in der Praxis immer wieder dazu, dass valable Anbieter von einer Offerte absehen, weil ihnen die Unabwägbarkeiten des Beschaffungsrechts zu schwierig und in der Umsetzung schliesslich auch zu teuer sind. Wenn ein Unternehmen heute in mehreren Kantonen jeweils alle Anforderungen einhalten muss, um auf Gemeindeebene reelle Angebote machen zu

können, dann ist das mit einem derart grossen Aufwand verbunden, dass sich manche Unternehmen bereits vom Markt fernhalten. Eine Vereinheitlichung wird deshalb als grosser Fortschritt gewertet.

Den Gemeinden werden mit den Verfahrensarten und den viel weiter gefassten Zuschlagskriterien Instrumente in die Hand gegeben, um eine Bestellung differenziert auszuformulieren, sodass nicht nur einfache Qualitätskriterien und vor allem der Preis zum Zuschlag führen, sondern differenzierte Auswahlmöglichkeiten entstehen werden. Das war im Grundsatz heute schon möglich, dennoch wird es in Zukunft einfacher, hier auf gesetzliche Konzepte zurückzugreifen.

Selbst wenn noch einige Zeit vergehen wird, bis die Beschaffungsrechtsrevision auch auf der Stufe der Gemeinden angekommen ist, macht es Sinn, diese Entwicklungen schon heute zu beobachten und die neuen Möglichkeiten in bevorstehende wichtige Beschaffungen von Gemeinden einzubeziehen. Vieles, was in der Revision vorgezeichnet wird, ist unter heutigem Recht schon möglich, bedingt aber kreative Ansätze, vor allem bei der Ausgestaltung der Ausschreibung.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 85 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Basel Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel Telefon +41 58 258 19 00 Fax +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	Bern Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern Telefon +41 58 258 16 00 Fax +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	Lausanne Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne Téléphone +41 58 258 17 00 Téléfax +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	St. Gallen Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen Telefon +41 58 258 14 00 Fax +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	Zug Industriestrasse 24 CH-6300 Zug Telefon +41 58 258 18 00 Fax +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	Zürich Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich Telefon +41 58 258 10 00 Fax +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	---	---	---	---

© Bratschi AG, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet

www.bratschi.ch